ROMANTICISMO Y DERECHO

POR

CONSUELO MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA

El romanticismo como amplio movimiento literario, filosófico y político, hunde sus raíces también en el Derecho. El romanticismo jurídico resulta ser tan contradictorio en sus causas y en sus fines como el movimiento de carácter más general al que pertenece (1). Si el romanticismo representa un cambio, mucho más lo es en el ámbito jurídico: es la negación de todo lo anterior, es la ruptura, pero una ruptura que llevada al ámbito jurídico producirá unas consecuencias ciertamente imprevisibles para los autores que se vinculan al «irracionalismo romántico», consecuencias que todavía hoy padecemos y que no son más que la pervivencia actual del positivismo formalista y con ello también de

---

(1) En este sentido, Eugenio Vegas Latapié puso de relieve las aparentemente diversas interpretaciones que podían hacerse sobre el romanticismo: «A primera vista no hay concepto más difícil de precisar que el de romanticismo, por atribuirle los autores las acepciones más distintas y contrarias, y así, por ejemplo, la moderna escuela contrarrevolucionaria, abomina de todo lo que se refiere al romanticismo, al que hace sinónimo de revolución, insurrección, desorden, barbarie y caos, en tanto que para otros autores el romanticismo es sinónimo de espiritualismo y cristianismo. Producto de tan opuesto modo de considerar el romanticismo es el aparente e insoluble conflicto planteado entre quienes, como Donoso Cortés, afirman que el prototipo del romanticismo es Dante, y los que, como Maurras, Laserre, Seillière y otros, ven los orígenes del romanticismo en Lutero y el protestantismo, y consideran a Rousseau como a su gran pontífice». En su obra, *Romanticismo y democracia,* trabajo premiado en un concurso por la Academia Nacional de Jurisprudencia en octubre de 1935, imprimido por vez primera en *Acción Española,* marzo-abril-mayo-1936. Nuestra cita se refiere a la edición de Cultura Española, Santander, 1938, págs. 9-10.

una determinada manera de entender las relaciones entre Derecho y Estado.

El romanticismo jurídico contiene en sí una negación, al igual que el romanticismo filosófico o el literario, y como todas las negaciones intrínsecamente revolucionaria, pero, en este caso, la «revolución» del romanticismo jurídico adquiere un significado específico. Por un lado, tal y como señala Carl Schmitt (2), es Rousseau quien comienza la lucha contra el clasicismo de los siglos XVII y XVIII, y de quien nace tanto el romanticismo como el resurgir del individualismo, pero, por otro lado, el romanticismo jurídico necesariamente venía a negar la Revolución —la Francesa— y el Iluminismo del cual tomaba el origen. Así, pues, parece que nos encontramos aquí con la primera contradicción de fondo: un movimiento que recogiese la nefasta herencia rousseauniana estaba viciado como oposición a la Revolución Francesa. Sin embargo, el testimonio del filósofo ginebrino quedará reflejado en el halo de «irracionalismo» con que los juristas románticos gustan de rodear sus escritos. Lo que Seillière denomina «misticismo romántico» puede entenderse como un producto de la influencia rousseauniana: el misticismo sería un individualismo irracional y excesivo, una voluntad de poder, un impulso a la expansión, un imperialismo de los individuos a través de los Estados, las razas, las sectas, u otros tipos de comunidad. Romanticismo es entonces sinónimo de misticismo, pero de un misticismo que —después del siglo XVIII y de Rousseau— se ha zafado del vínculo con la Iglesia cristiana. El misticismo y entonces también el romanticismo aparece como un profundo impulso de la naturaleza humana, un factor universal de las acciones de los hombres, elemental como el instinto de conservación. Hasta aquí la impronta irracionalista.

Pero el romanticismo jurídico no puede identificarse con «irracionalismo», aunque éste sea uno de sus elementos y el que

(2) CARL SCHMITT, *Romanticismo político,* a cura di Carlo Galli, Giuffrè Editore, Milano, 1981, págs. 33 y 35. Se trata de la trad. al italiano de su obra, fundamental para el tema en cuestión, *Politische Romantik,* Duncker & Humbolt, Berlín.

más significativamente emerge en la obra de los románticos europeos. El «irracionalismo» por sí solo no sería nada si no confluyera con otras características. Principalmente, lo que algún autor, como Bourges, ha denominado el «desconocimiento» del Derecho Natural, de un Derecho anterior y superior al Derecho positivo y que se impone a los legisladores con una fuerza irresistible. Aunque habremos de volver sobre el problema del Derecho Natural, sobre todo a la luz del «rechazo» que la Escuela Histórica hace de él, un rechazo que es necesario matizar, no queremos dejar de lado la primera cuestión y es que el romanticismo jurídico más que desconocer la existencia del Derecho Natural, lo que muestra es una total incapacidad para reconocer al verdadero Derecho Natural. Las construcciones del iusnaturalismo europeo de los siglos XVII y XVIII, con su contractualismo ahistórico, con su método dogmático, y con una construcción alejada de la realidad, a diferencia de lo que fue el núcleo esencial de la Escolástica Española, no hicieron sino favorecer la ignorancia acerca del Derecho Natural, no podían más que dar lugar a la crisis de ese Derecho al que se supone trataban de hacer permanente y su paulatina sustitución en las Universidades Europeas por un nuevo estudio que recibiría la denominación de «Filosofía del Derecho», una denominación que encontramos por vez primera justamente en uno de los historicistas, en Gustav Hugo, cuando habla de una «filosofía del derecho positivo», con la que se pretende aunar el estudio filosófico sobre el Derecho con el dato histórico. En cualquier caso, el romanticismo jurídico y la Escuela Histórica que se enlaza con aquél, mantendrán una oposición al Derecho Natural de la Ilustración. Sus críticas se dirigen contra aquel modo de hacer «iusnaturalismo» y de entender la relación entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, sin que de estas críticas podamos deducir que el romanticismo jurídico consiga socavar los cimientos del Derecho Natural, sino tan sólo derribar un edificio artificial en cuya base se encuentra la «falacia naturalista», la idea de un hombre que, sometido a sus instintos, no logra ver en el otro más que un peligro, un riesgo para la propia supervivencia y, al mismo tiempo, una amenaza para la consagración de ciertos

derechos cuya salvaguardia, egoístamente considerada, conllevará la ficción de un contrato con el que supuestamente parece resolverse el enfrentamiento, de manera que el fundamento de la asociación —distinta radicalmente de la sociabilidad natural del orden de la Creación— es el miedo, el afán de poder, la incesante lucha por ser en medio de una extrema soledad. El romanticismo jurídico se encontró con esta suerte de iusnaturalismo y no pudo sino oponerse al mismo. El egoísmo inhumano que encarnaba la Ilustración francesa contó con el enfrentamiento del romanticismo jurídico, como habían de chocar necesariamente dos concepciones del mundo divergentes, nacidas ambas de un tronco común, el de la crisis de una cierta forma de entender el Derecho Natural: de la construcción artificiosa en que se había convertido, por obra de la Escuela Moderna del Derecho Natural, derivó la crítica romántica a ese «Derecho Natural». Frente a un Estado surgido de la falacia naturalista, de un contrato simbólico, los románticos, Müller, por ejemplo, explicaban el Estado como una sucesión de generaciones a través del modelo familiar. El complejo estatal nacería de la alianza entre familias que están destinadas a compartir el mismo espacio. Se trata, indudablemente, de una más de las expresiones que, con un cierto tono sentimental, nos muestra el organicismo romántico.

El romanticismo jurídico, por efecto de la crítica al Derecho Natural, concluye por ser la expresión de un subjetivismo que permite a cada jurista elaborar un sistema de Derecho según sus personales aspiraciones. El subjetivismo, como acabamos de ver siquiera esquemáticamente, se encuentra en la propia raíz de lo que el romanticismo vino a combatir. Sin embargo, rechazada la idea de un Derecho Natural válido para siempre y en todo lugar, un Derecho Natural como el que proponía el racionalismo ilustrado, una razón que crea valores objetivamente válidos, pero cuya abstracción produce la reacción romántica, la consecuencia ineludible habría de ser el subjetivismo. El problema no estriba en mantener un subjetivismo, sino llegar por este camino a un relativismo, que ha sido el mal endémico del que todavía está aquejado el pensamiento jurídico contemporáneo. El subjetivismo ro-

mántico, el individualismo a ultranza, termina desembocando en un relativismo tanto más aterrador proque frente a la subjetivación sólo queda en pie la poderosa maquinaria estatal.

El nacimiento del Estado contemporáneo se vincula tanto a la Modernidad como al Romanticismo o si se quiere al brusco contraste entre ambos. Los románticos descubren la naturalidad del Estado y el organicismo social, y su descubrimiento supone una conmoción en el momento que les toca vivir. El predominio del iusnaturalismo de raíz protestante había hecho perder de vista la concepción escolástica sobre la comunidad política. Un iusnaturalismo como el moderno, en el fondo profundamente insolidario, no podía concebir al individuo formando parte de un ente asociativo superior a él, porque su hipótesis contractual no pasa de ser la ficción en la que consiste. En este sentido, el romanticismo rompe con esa concepción. Por vez primera, con la excepción del pensamiento español continuador de la Escolástica, se hacen en Europa afirmaciones que tienden a afirmar la sociabilidad natural del individuo y su inserción, necesaria dada esa naturalidad, en el Estado. Comienza con ello, como iremos analizando, porque se trata de uno de los sellos indelebles del romanticismo, el organicismo, que originariamente no hubiera tenido por qué resultar negativo para la caracterización del Estado. El problema, sin embargo, se halla en el fondo del planteamiento y nos conduce, una vez más, a la ignorancia en torno al Derecho Natural. La afirmación de la llamada «naturalidad» del Estado no consigue ir más allá de una absolutización, precedente del positivismo formalista. Al igual que el positivismo, el romanticismo no advierte los peligros que se derivan de sostener una preeminencia de la comunidad. Así, por ejemplo, uno de los románticos más representativos, Jakob Fries, sitúa a la comunidad por encima del individuo: la comunidad no se entiende en función de los sujetos, sino que éstos serán analizados e interpretados en atención al organismo social y a una misión totalizadora como la que dicho organismo asume. Surge, además, la obligación de formar parte del Estado y a él incumbe también el fin de determinar lo que es justo o injusto. Si a unas aseveraciones

como las manifestadas por Fries se les une un peregrino anti-iusnaturalismo, hay que comprender que ello no podía llevar más que a un fortalecimiento de la maquinaria estatal con perjuicio del hombre, reducido ya sólo a esa función realizada en el seno del organismo superior a él. Hay que destacar que la nueva orientación del pensamiento jurídico contenía unas indudables razones políticas, tanto más si consideramos el momento histórico en que nace el romanticismo, un momento en el que la Francia de la Revolución ha sido ya vencida, y el cambio político subsiguiente influirá en la configuración de un nuevo modelo de Estado. Los románticos, muy a su pesar, no consiguen derrumbar totalmente las barreras impuestas por la ideología del revolucionarismo francés: su Estado, impuesto sobre la negación del Derecho Natural, pero también con el sentimentalismo rousseauniano, tiende a convertirse en la voz de la justicia. La identificación entre el Derecho y el Estado, que, en principio hubiera podido parecer extraña al romanticismo —y en particular, al historicismo, dada la crítica a la ley—, se transforma en el molde sobre el que plasmar la nueva realidad social. El Derecho será también una realidad anterior a los individuos, anterior en el sentido de que se halla por encima de cualquier individuo aislado. Queriendo evitar el despropósito del «estado de naturaleza» iluminista, donde el individuo se encuentra abandonado a sí mismo, a sus solas fuerzas en lucha con la propia naturaleza y con los demás sujetos, se cae en el otro extremo, en una suerte de anonadamiento del ser individual. El romanticismo no toma conciencia del sentido pleno de la persona humana, quizá porque su mismo organicismo social carece de la significación que hubiera podido otorgarle su inclusión dentro del orden de la Creación. No deben confundirnos sus sentimentales ataques a la Ilustración por su falta de espíritu cristiano, su búsqueda de una convivencia más humana y solidaria, con una auténtica comprensión de la misión que al hombre le incumbre en el plan establecido por Dios. Su revolución es, en efecto, la «revuelta de la conciencia contra la razón», y hay en este cambio que rompe con lo anterior razones éticas, motivos éticos, que, sin embargo, no traspasan el muro infranqueable que

ofrece el Iluminismo; no van más allá del Derecho Natural iluminista, y su solidaridad universal se diseña sobre los cauces que marcan la decadencia y la crisis del iusnaturalismo moderno europeo.

Pero además, en el propio seno del romanticismo, en su organicismo social se encuentran los dos caminos por los que discurrirán las contiendas que asolarán Europa un siglo después: su organicismo servirá de vía tanto para los nacionalismos —no hay que descuidar que el mismo Fichte que proclama sus «Discursos a la Nación alemana» representa la primera quiebra con el pensamiento que entonces era tradicional y que el «Volkgeist» del historicismo es una manifestación de las diferencias nacionales entre los pueblos— como para el internacionalismo marxista, en el que influyen no sólo la visión hegeliana, sino también el romanticismo político-jurídico, para el cual la realidad se concibe a la manera de un organismo unitario, universal, compuesto de diversos organismos, y regido por una ley inmutable que ya no será la de la Razón.

El peso del romanticismo determina, sin duda, el camino por el que discurrirá la historia europea, sin que hallamos podido librarnos enteramente de sus consecuencias. El romanticismo esconde también un vacío bajo la repetición constante de unas fórmulas establecidas, pero se trata del mismo vacío que aletea en el horizonte de un pensamiento que ha perdido el rumbo y la guía, una vez que ha perdido el rastro de Dios. Hay tres fases desencadenantes del final sin gloria en que se diluye el pensamiento del último siglo y medio: la quiebra de la unidad religiosa en Europa, la consiguiente separación de los conceptos de Derecho y Moral por obra del protestantismo y la absolutización del Derecho positivo por obra, paradójica, del historicismo, porque el Derecho positivo que se absolutiza lleva el signo del legalismo. Estas tres fases —que algún autor tan poco iusnaturalista, si no más bien hegeliano, como González Vicén ha destacado—, y en la última de ellas se encuentra el vago irracionalismo romántico de la Escuela Histórica, influyen innegablemente no sólo sobre la aparición del movimiento romántico, sino en el último legado de

éste. El romanticismo fue un intento fallido cuyos efectos alcanzan incluso al momento en que vivimos.

Para analizar estos efectos es preciso descubrir entonces en qué consiste, si es que lo hubo, el mal romántico en el ámbito jurídico.

El romanticismo en el Derecho pasa necesariamente por la aportación de la Escuela Histórica. El historicismo se enmarca, como señala Guido Fassò (3), dentro de ese movimiento cultural más amplio que es el romanticismo. Si bien no todos los juristas románticos pertenecen a la Escuela Histórica del Derecho, sí todos los historicistas presentan las características más nítidas del romanticismo. El historicismo surge precisamente de una de las notas más representativas del romanticismo: la oposición al iluminismo y a la construcción abstracta del último iusnaturalismo, común al romanticismo sea o no historicista, alcanza su punto más álgido en el momento en el que conecta con un acendrado sentido de la historia. La crítica al iusnaturalismo europeo, centrada principalmente en el problema de la falacia naturalista, que había conducido o bien a una infravaloración del pasado histórico en aras de una Razón abstracta o, incluso, a un «ahistoricismo» dogmático, será asumida como uno de sus argumentos fundamentales por la Escuela Histórica. El romanticismo atribuye un valor a todo lo que determina la individualidad del sujeto, sus sentimientos, sus pasiones, etc., más allá de lo que es común, del elemento racional, y lo propio sucederá con el historicismo. El historicismo toma como núcleo de su reflexión lo que determina la «especialidad» de los pueblos, lo que les hace tomar conciencia, siquiera sea acudiendo a factores «irracionales», el lenguaje, la religión, la poesía, las tradiciones, frente a aquellos otros factores semejantes en unos y en otros pueblos. La Escuela Histórica se manifiesta, en este punto, esencialmente romántica, en cuanto

(3) G. Fassò, *Historia de la Filosofía del Derecho,* vol. III: «Siglos XIX y XX», trad. de José F. Lorca Navarrete, Eds. Pirámide, Madrid, 1978, pág. 43-44. Edición original en italiano, *Storia della Filosofia del Diritto,* vol. III: «Ottocento e Novecento», Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1970.

significa una reacción contra el racionalismo iluminista, pero también contra la filosofía política que había sido característica en el período inmediatamente anterior. El historicismo es, por ello, una rebelión profunda frente a los excesos de una construcción y de una metodología abstractas y, al mismo tiempo, confusas, que nada dicen sobre la realidad jurídica. Hay que tener en cuenta para comprender la intensidad de esta rebelión que las Universidades europeas de los siglos XVII y XVIII van a destacar por la composición de tratados en los que apenas hay una referencia al Derecho como un orden positivo, tratados que han perdido de vista la cualidad del Derecho como regulador de la convivencia, y en los que no es posible traspasar el límite impuesto por una ética racionalista y no cristiana. Paradójicamente, es la Escolástica española la única corriente iusnaturalista que teoriza sobre el Derecho positivo o *ius civile* con realidad, pero sus argumentaciones nada tienen que ver con las del iluminismo. Es contra esta otra construcción contra la que se levanta el espíritu romántico de los historicistas, contra el exceso de un racionalismo lógico, pero sesgado, y completamente ajeno a las «necesidades» de los pueblos y del hombre. Así, pues, no le faltan al historicismo romántico motivos por los que oponerse a la Ilustración, aunque las consecuencias en el tiempo serán las de la creación de otra construcción tan dogmática como la que rechazan, sólo que en este caso amparada en el Derecho Positivo.

La doctrina de la Escuela Histórica del Derecho es una «interpretación romántica de la realidad jurídica, reproducida mediante método crítico», según mantiene Solari, para quien la conexión entre el romanticismo y el historicismo principalmente se basa en dos elementos. El primero de ellos, está formado por la crítica histórica y el segundo por el espíritu romántico.

Respecto de la crítica histórica, en el sentido que ya hemos analizado anteriormente, ésta tiene por finalidad poner de manifiesto los errores en que incide el iluminismo, pero, al mismo tiempo, da lugar a la formación de un nuevo método de estudio. La sistematización historicista no podía consistir simplemente en una mera recopilación del material histórico, sino en la búsqueda

de una unidad esencialmente dinámica, a través de la cual se llevaría a cabo una revitalización del pasado histórico con la pretensión de hallar un horizonte común, forjado precisamente en virtud de la sucesión de hechos precedentes. Esta orientación no sólo no tenía que poseer un carácter negativo, sino, antes bien, de ella hubiera podido deducirse el conocimiento necesario sobre el que es posible forjar un futuro histórico. Cada momento, cada etapa, es el resultado de otros tantos momentos anteriores, en los que hay factores «irracionales» —usando la expresión romántica— que ayudan tanto como los puramente racionales en crear lo que somos, las peculiaridades propias de cada pueblo. Quizá lo negativo estriba tanto en el hecho de hacer hincapié en ese pretendido carácter «irracional» como en el desconocimiento, más bien en el rechazo, de los elementos que son comunes a los distintos pueblos. Comunes no por ser abstractos, sino porque parten de un fundamento esencialmente integrador cual es la dignidad de la persona y su inserción en el orden de la Creación. Pero la crítica historicista no supo reconocer, por debajo de las diferencias nacionales, el sustrato idéntico del ser humano, porque se trata, y es preciso señalarlo constantemente, de una crítica plasmada a partir de los presupuestos y de las argumentaciones iluministas, una crítica que hubiera necesitado franquear la barrera insoslayable de la Revolución Francesa. El romanticismo, a pesar de todo, se halla invalidado desde su propio origen, en la medida en que acepta, como si no hubiera otros, los cauces impuestos por la Ilustración y por un Derecho Natural europeo que ha entrado ya en crisis, mucho antes de que se produzca la crítica. En este sentido, señala Andrés Ollero: «La tarea de Savigny va a desarrollarse en un momento histórico que asiste al encuentro de una triple influencia, dispar en procedencia e intención, pero confluyente en su efecto: la quiebra del racionalismo. Kant va a someter a crítica las posibilidades metafísicas de la razón, privando con ello de fundamento al iusnaturalismo que monopolizaba la reflexión jurídica; Montesquieu enlaza con el historicismo, que se ofrece como alternativa metodológica, y se convierte en precursor de los planteamientos "sociológicos" destinados a conver-

tirse en horizonte científico de la jurisprudencia de nuestros días; Rousseau, a su manera apasionada y anárquica, va a proponer claramente la primacía de la praxis sobre la reflexión, lo que a la larga acabará influyendo en un saber jurídico entendido "aplicativamente" por los que presentan a la praxis siempre a la zaga de la teoría. Esta triple influencia, por difusa e inmadura que se halle en el ambiente, jugará decisivamente en el autor que una generación después va a proponerse, con apenas veinte años, erigirse en reformador de la ciencia jurídica, en el Kant de la jurisprudencia. El racionalismo jurídico que animaba al iusnaturalismo liberal está aparentemente condenado a muerte» (4).

Efectivamente, estos tres factores son los que conducen a la quiebra del racionalismo, pero también a la crisis de cierta clase de iusnaturalismo vinculado con aquél. El historicismo, de esta forma no pudo hacer sino lo que hizo, no podía sino manifestarse en abierta oposición con un iusnaturalismo que había perdido todo contacto con la realidad jurídica, aunque en la preocupación por descender al nivel de lo real, de lo verificable, se descienda a la más pura y sentimental «irracionalidad», como la que anida en algunos de los valedores del historicismo más claramente románticos, como Bachofen.

El segundo de los elementos, el espíritu romántico es la idea de instaurar una objetividad que sustituya el subjetivismo racionalista del pensamiento anterior. Sin embargo, la búsqueda de la objetividad, paradójicamente, se realizará a partir de lo específico, de lo que es propio de un pueblo determinado, de lo que separa y diferencia y no de lo que une. Pero tampoco podía ser de otra forma. El historicismo estaba condenado a buscar la objetividad al margen de la razón por su entronque con el iluminismo, y, por tanto, estaba condenado a rechazar cuanto pudiera implicar un vínculo con la razón, obligado, en consecuencia, a perseguir la objetividad en lo «irracional». Así, por ejemplo,

(4) A. Ollero, «Savigny: el legalismo aplazado», en *Savigny y la Ciencia del Derecho*, vol. II, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Valparaíso (Chile), primer semestre, 1979, núm. 14, págs. 543-586, págs. de la cita, 544-545.

Gustav Hugo, llevado por el «irracionalismo», considerará la esclavitud y la poligamia como formas jurídico-positivas y en consecuencia, formas válidas. Si el Derecho es ya lo empíricamente verificable, lo que cabe constatar a través de la experiencia, si no hay una medida a la que contraponer la positivación, nos encontraremos con la admisión de instituciones como las que admite Hugo. La irracionalidad se hallará en la propia naturaleza del Derecho, porque esta irracionalidad es también fundamentalmente histórica y todo lo histórico resultará ser inevitablemente válido por empírico, por su presencia en la experiencia. Pensemos hasta qué punto no empieza en la «irracionalidad» romántica del historicismo el positivismo, hasta qué punto las consecuencias finales del positivismo, con una reducción de los comportamientos sociales, de la experiencia jurídica, la norma positiva, válida por el mero hecho de su configuración formal, no se anuncian de alguna manera en la metodología historicista. El propio Savigny cuando afirma que el Derecho, el lenguaje, la costumbre y la constitución política, son fenómenos que no poseen existencia consciente y voluntaria, sino que se trata de formas necesarias trasmitidas inconscientemente de generación en generación, está inmerso en el submundo de la irracionalidad. «Formas necesarias», dice Savigny, pero es que la «necesariedad» no nos eleva como sujetos, sino todo lo contrario, nos anega en una materialidad que nos coarta como personas. Llevada esta necesariedad al organismo social, al pueblo, nos encontramos con el riesgo, de un determinismo histórico al que no es posible sustraerse. Puede decirse, con Pérez Luño, que «la penetración de las exigencias históricas en el plano de la ontología jurídica se plasma con rasgos definitivos en el pensamiento de Savigny. Se ha puesto de relieve, con razón, cómo mientras en Hugo la Historia se explica todavía mediante principios *a priori* racionales; para Savigny el proceso histórico posee en sí sus propias leyes que lo determinan y explican. Para Hugo sigue siendo el individuo el autor del Derecho; para Savigny éste será producto de la conciencia colectiva» (5).

---

(5) ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, «La Escuela Histórica y el Dere-

El individuo no es ya el autor del Derecho, pero esto que podía ser una frase hueca, desde el punto de vista de que todo Derecho es imposición, encierra en sí una infravaloración del papel que al hombre le ha tocado representar en el curso de la historia. El hombre deja de ser el epicentro de la historia para convertirse en un elemento más de la maquinaria, en un elemento que desempeña una función dentro del engranaje social y que sólo es contemplado en base a su perfecta sincronía con los demás. El pueblo o ese vago organismo social asume el papel primero y principal que antes había correspondido al sujeto y por encima de éste a Dios, como Creador del Universo. Pero ahora el sujeto se integra en un organismo vivo, en un ente superior a él, y del que surgen tanto el Derecho como el lenguaje, el arte, la religión, las costumbres, etc., de manera que la posible influencia del individuo en la configuración de estos fenómenos queda diluida ante el peso de lo colectivo y de lo «irracional». El determinismo histórico del que no es posible escapar no sólo nos impide asumir nuestro propio destino, personalísimo y singular, dada la libertad que Dios nos ha otorgado, sino que nos condiciona inconscientemente, sin que nuestra voluntad haya podido decidir plena y libremente, a través de nuestra inserción en una colectividad de la que no podemos huir. Si bien el historicismo, a pesar de la irracionalidad subyacente, interpreta ese organismo vivo como la encarnación de un orden y no de un caos, ese orden no es el resultado de la labor divina, sino de todo aquello que nos caracteriza como pueblo vaga y confusamente, con una necesariedad a la que no se han sustraído las generaciones anteriores y a la que tampoco podrán sustraerse las futuras. Nuestra elección personal, fundada en la demanda de Dios, queda, de esta forma menoscabada frente a aquello que nos impone nuestra pertenencia a un ser colectivo, incluso si este ser colectivo decide un día por plebiscito que Dios no existe.

El romanticismo jurídico por la vía del irracionalismo termi-

cho Natural», en *Verbo*, serie XIII, núm. 128-129, sept.-oct.-nov., 1974, págs. 991-1.012, pág. de la cita, 998.

na confluyendo en un determinismo, porque «la negación de los valores universales va unida a una concepción pesimista y determinista de la Historia, la cual no es ya, como lo fue para el Iluminismo, el libre desenvolvimiento del espíritu humano en su camino de transformación del mundo hacia el progreso, sino que aparece como un drama fatal determinado por fuerzas irracionales superiores a la voluntad humana» (6).

El organicismo social, la totalización y la asunción del ser individual en la colectividad, alcanza un significado especial cuando la Escuela Histórica analiza las fuentes del Derecho y es aquí donde el problema de la opción personal que todo sujeto debe hacer queda eliminado fácticamente. Dada la irracionalidad inconsciente con la que se forja el Derecho, al igual que los otros fenómenos de la realidad del organismo social, la fuente que podía expresar más claramente la singularidad, lo específico de cada pueblo, frente al elemento común suministrado por la razón iluminista, era lógicamente la costumbre. Como dice Juan Vallet, «de ello naturalmente dimanó que las costumbres fueran consideradas como la fuente básica del derecho, que deben constituir la savia vital, inspiradora de la ley, o derogatoria de la misma en cuanto no concuerde con ellas. Así la ley sólo vale en cuanto trasunto de una costumbre, es decir, en tanto recoja una norma vivida como costumbre por los súbditos» (7).

Se pretende invertir, nuevamente, el espíritu del racionalismo ilustrado, para el cual la ley había sido la fuente primera y principal, con una supeditación a ella por parte de la costumbre, debido precisamente al componente irracional de ésta, siendo precisamente este factor irracional el que motiva desde el punto de vista del historicismo la aceptación de la costumbre por encima de la ley. No hay que olvidar que la oposición historicista a la

---

(6) Antonio Enrique Pérez Luño, *op. cit.*, pág. 1.004.

(7) Juan Vallet de Goytisolo, «Revolución, historicismo y tradición en el hallazgo, conservación y progreso del Derecho», en *Savigny y la Ciencia del Derecho*, vol. I, Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Valparaíso (Chile), primer semestre, 1979, núm. 14, págs. 183-211, pág. de la cita, 191.

modificación constituye una vez más la expresión de la antinomia entre la ley y la costumbre. La costumbre representará la conciencia colectiva del pueblo, teniendo en cuenta además que en ella vive y en ella se mantiene la raíz del pasado histórico. La costumbre, formada sobre las tradiciones sociales, no es solamente la fuente primera de la elaboración jurídica, de la que nace el Derecho, sino la voz que viene a expresar con mayor rotundidad que cualquier otra fuente el *Volkgeist* de los históricos. Desde este punto de vista cobran sentido las mismas palabras de Savigny: «Si a continuación preguntamos por el sujeto en el que y para el que el Derecho positivo tiene su existencia, lo encontramos en el Pueblo. El Derecho positivo vive en la conciencia común del Pueblo, y por ello habremos de llamarlo también Derecho del Pueblo. Pero no debemos imaginarnos que los diferentes miembros del Pueblo produjesen el Derecho mediante su arbitrariedad, puesto que tal arbitrariedad de los particulares pudiera tal vez escoger el mismo Derecho por casualidad, pero con más probabilidad elegiría Derecho muy diverso. Más bien se trata del espíritu del Pueblo que en todos los individuos juntos vive y actúa, y que produce el Derecho positivo...» (8). El Derecho del Pueblo se muestra con una mayor nitidez en la costumbre que en las otras fuentes del Derecho. La misma idea de una conjunción de voluntades que es lo que da lugar al Derecho del Pueblo tiene sentido dentro de la costumbre, como no podría tenerlo si se tratara de la ley, pues ¿qué es la costumbre más que ese hacer en común, ese hábito repetido a través del tiempo por los individuos y al margen en principio de una autoridad que pueda reconocer su juridicidad? Ese es el sentido que tiene la costumbre para la Escuela Histórica, pero la interpretación de ese hacer común, vivido en unidad, en que consiste la costumbre nos lleva a otros problemas, cual es el de su claridad, el de la interpretación del Derecho del Pueblo. Y es aquí, precisamente, donde el historicismo romántico marca el camino por el que habrá de discurrir el

---

(8) Friedrich Karl von Savigny, *Sistema de Derecho romano actual*, Libro I, cap. 2, parágrafo 7, *Nacimiento del Derecho General*.

pensamiento jurídico posterior, un camino que, contrariamente a lo que se propugnaba, conduce al legalismo formalista. El conocimiento de lo que ha de ser el Derecho del Pueblo, la expresión jurídica del genuino *Volkgeist* lleva a la consagración de un derecho de peritos o, si se quiere, de un derecho de juristas, de una ciencia jurídica en la que se anticipa, de alguna manera, su responsabilidad ante la instauración de un positivismo formalista. Ya que el pueblo no puede conocer lo que es propiamente jurídico, dirá Savigny, será preciso constituir «una clase especial de los peritos en Derecho, la cual, ella misma elemento del Pueblo, representa a la comunidad en este campo del pensamiento. El Derecho no es la conciencia particular de esta clase sino una continuación y desenvolvimiento particular del Derecho del Pueblo. Esté lleva ahora una vida doble: con arreglo a sus rasgos fundamentales continúa viviendo en la conciencia común del Pueblo; pero su desarrollo más detallado y su aplicación a los diferentes casos pertenecen a la profesión especial de los juristas» (9).

Hay en este derecho de juristas, en esta ciencia jurídica, una suerte de confianza en los propios logros, pero también una soberbia que en este caso no es la del individuo que se sabe protagonista absoluto de la Historia, sino la de una clase, una casta cabría decir, que se sabe intérprete de la Historia e, incluso, intérprete de la conciencia del pueblo. En base a creencias comunes y semejantes, el jurista se cree depositario del saber jurídico y máximo revelador de lo que inconscientemente vive en el seno del pueblo. Cabría decir, en consecuencia, que más que un cambio en la jerarquía de las fuentes, de la ley por la costumbre, se produce una sustitución de aquélla por parte de la ciencia jurídica, pero con ello se inaugura una nueva orientación del pensamiento jurídico. Poco a poco, nos encontraremos con un cientificismo satisfecho de sí, convertido en la única voz a través de la cual se declara lo que es Derecho, en una nueva medida, que reemplaza al Derecho Natural, y con la que se deberá contrapo-

(9) FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, Libro I, cap. 2, parágrafo 14, *Derecho científico*.

ner la validez del Derecho Positivo. Pero las pretensiones no terminan ahí, sino que llegan hasta un jurista que ha perdido de vista su función principal, que una vez rechazada la idea de un Derecho Natural anterior y superior al Derecho Positivo se transforma en el árbitro de cuyas decisiones, de cuya aclaración sobre lo que es el Derecho, depende también el entendimiento de lo que es la Justicia. El complejo de inferioridad de los juristas frente al rigor y, en cierto sentido, la inevitabilidad dogmática de las otras ciencias, de las ciencias de la naturaleza, característico de los siglos XVII y XVIII y de ahí las *naturalis scientia* de los ilustrados, va a ser superado prontamente con un orgullo y una confianza desmedida, con una estimación excesiva sobre los propios resultados. El derecho de los juristas da lugar a la construcción, como veremos más adelante, de una metodología que se despega de la realidad, que creyéndose la representación unilateral de la conciencia colectiva, no consigue más que negar cualquier otra realidad que no sea la que ella misma tiende a expresar. Hay no sólo soberbia, sino también la pretensión de uniformidad para la experiencia jurídica. Se trata, como se ha venido diciendo por distintos autores, de un «derecho de profesores», pero, no hay que olvidarlo, de profesores para los que sólo cabe la existencia de un Derecho Positivo y no la del Derecho Natural. Un Derecho Positivo que no tiene más límites que aquellos que dichos juristas quieran darle, que no encuentra más confín que el que le marque el determinismo, la necesariedad histórica, en función de la cual no podemos valorar ni elegir, sino aceptar.

Este «derecho de juristas» conlleva un desequilibrio entre lo que se vive por parte de la conciencia común colectiva y aquello que, sin embargo, es interpretado como Derecho por la ciencia. Un desequilibrio entre teoría y práctica, pero también la expresión de una confianza ilimitada en los logros de una ciencia descristianizada, de una ciencia que no tiene más finalidad que la de garantizar su fiabilidad a costa de negar lo que nos define singularmente, de aquello que nos distingue entre todos los seres de la Creación, el conocer nuestra finalidad y nuestra participación en el propio orden establecido por Dios. Sin embargo, la

ciencia jurídica diseñada por la Escuela Histórica y rodeada de esa aureola romántica de ser la depositaria de la conciencia jurídica tenderá a convertirse, a la postre, en el más fiel aliado del legalismo, cuando éste, llevado también por el curso de la Historia, pero de una Historia con la que el historicismo no contaba, se imponga por encima de las otras fuentes. Entonces el «derecho de juristas» no será ya el creador del Derecho, no será ya la fuente a través de la cual averiguar el sentido y el significado de ese Derecho creado colectivamente, sino quien dé a conocer la voluntad de la ley. En ello incidirá, indudablemente, la naturalidad con la que el romanticismo consideraba la realidad estatal: el Estado como trasunto de una especie de organicismo que existe en cualquier grado asociativo. La voluntad de la ley será la voluntad del Derecho y ésta, a su vez, la voluntad del Estado, de manera que a la ciencia jurídica sólo le queda, en última instancia, para no perder el orgullo, la misión de estar al servicio del legalismo, al servicio de la autoridad estatal, fortaleciendo los instrumentos por los que el cuerpo estatal consigue llegar a forjar la conciencia colectiva. Con ello se invierte el sentido primitivo de la ciencia jurídica, pero también el del espíritu del pueblo, del cual surgía aquélla. La conciencia colectiva no es la que influye en la configuración de lo que es el Derecho, sino que, muy al contrario, el ente superior en que se ha transformado el Estado, esa instancia resultado de una sucesión de generaciones, termina por ser quien moldea hábilmente los sentimientos, las pasiones, los usos, el lenguaje, la religión, y el Derecho del pueblo. Y en esa labor callada, tenaz, con la que se pretende imperar en nuestra conciencia concreta y personal, diluida entre frases huecas como «espíritu del pueblo», «conciencia colectiva», «voluntad de la nación», «voluntad de la mayoría», etc., la ciencia jurídica, el «derecho de profesores» ha colaborado eficazmente, ayudando a un legalismo contra el que se manifestó en su día el historicismo jurídico.

La metodología propugnada por la Escuela Histórica, consecuencia de la oposición al iluminismo, tuvo necesariamente que cooperar en un resultado final en el que todavía estamos inmer-

sos. La Escuela Histórica tuvo que quedarse en el plano científico sobre el Derecho. No hay en la obra de los historicistas rastro alguno de filosofía y no sólo porque el movimiento romántico al que pertenece nace del enfrentamiento con la Ilustración, sino también porque coincide con la decadencia de la filosofía, por obra precisamente de los ilustrados. Como señala Ollero: «Los estudiosos de la terminología savignyana coinciden en dictaminar que el romanticismo acaba por llenar el vacío filosófico de la Escuela. Los elementos clave de su manifiesto no resisten un análisis exhaustivo y acaban resultando sospechosos de ambigüedad retórica. El concepto de "pueblo", por ejemplo, uno de los slongans más felices del grupo, es de enigmático contenido. No remite a una realidad empírico-sociológica, sino que trasluce una filosofía de la historia criptometafísica. Como consecuencia, el derecho "histórico" no aparece enmarcado en una realidad determinada, y su fundamentación resulta muy problemática una vez que la legitimación iusnaturalista ha sido expresamente rechazada. El derecho termina por no estar "en" la historia, sino que aparece conectado (orgánicamente) "con" ella en un curioso *historicismo abistórico*» (10).

Es ese desconocimiento de la filosofía lo que impide que el romanticismo jurídico por obra de la Escuela Histórica pudiera traspasar el muro que imponía la Ilustración y caminar hacia otra suerte de «filosofía» o de «construcción filosófica» esencialmente alejada de la conclusión final a la que llegaba aquélla. Pero el historicismo no conoce más filosofía que los residuos abstractos de un racionalismo riguroso, de manera que no podrá admitir la existencia de un Derecho Universal metafísico, porque le falta tanto la positividad como la concreción histórica. En cualquier caso resulta cuanto menos paradójico que sea justamente uno de los motivos de su oposición al pensamiento anterior el que de alguna manera continúa viviendo en sus construcciones. Así la construcción rígida y abstracta de un kantismo excesivamente formalista es asumida por Gustav Hugo en un doble sentido:

(10) A. OLLERO, *op. cit.*, pág. 548.

de una parte, para rechazar la pretensión de proyectar los métodos matemáticos a las disciplinas no matemáticas, como había hecho el Iusnaturalismo racionalista; de otra, y a medida que va penetrando en el ulterior desarrollo de la filosofía de Kant, deduce la necesidad de considerar los principios del Derecho Natural kantiano como formas cuyo contenido debe ser extraído de la experiencia histórica, sin la cual la forma del pensamiento carece de materia a la que aplicarse (11). Aunque hay una cierta influencia del romanticismo filosófico, como, por ejemplo, de un Schelling, no hay que olvidar que esta influencia se conjuga con otras características y lo que queda es la pervivencia de una fuerza, de una energía expresiva que no consigue, sin embargo, hacer olvidar la falta de vigor de sus presupuestos filosóficos. Habrá una tendencia a la sistematización, pero esta tendencia no vendrá dada por un conocimiento en profundidad del pensamiento kantiano, y, en cualquier caso, su carácter sistemático es lógicamente historicista y no racionalista.

La nueva metodología se manifiesta en la comprensión del Derecho como un todo, en el que cada caso particular, donde se ofrecen los diferentes aspectos de la realidad, debe ser analizado a la luz de ese todo en el que se integra. Es, nuevamente, la visión del organicismo social, de un vago espiritualismo, sobre el que se asienta, sin que esta base pueda ser filosófica, las pretensiones de rigurosidad de una ciencia jurídica como la que bosqueja el historicismo. En suma, la concepción jurídica de la Escuela Histórica, como ha señalado Juan Vallet (12), se contrapone tanto a la Escuela Moderna del Derecho Natural, por su idealismo racionalista, como a la concepción clásica del Derecho Natural, en cuanto ésta apela a la racionalidad apreciada en concreto como criterio para determinar no sólo la prioridad entre la ley y la costumbre, sino incluso la misma validez de las leyes y de las costumbres.

Pero es que el Derecho Natural se convierte en un problema

---

(11) A. E. Pérez Luño, *op. cit.*, pág. 1.000.

(12) Juan Vallet de Goytisolo, *op. cit.*, págs. 191 y 192.

para el pensamiento jurídico posterior a la Ilustración. Con el desconocimiento del sentido intrínsecamente jurídico del «orden natural», pero con una juridicidad distinta aunque no contraria a la positiva, se vino a caer en el extremo opuesto, en el de una positivación creada exclusivamente sobre el dato histórico, sobre la experiencia concreta, legitimando, de esta forma, cualquier realidad social. La crisis del Derecho Natural por obra del racionalismo es, mucho más que cualquier otra circunstancia, el elemento que determina la aparición, en el ámbito jurídico, del sentir romántico e historicista.

La Escuela Histórica representa la antítesis del iusnaturalismo ilustrado porque «al revitalizar todo lo que en los pueblos hay de vario y cambiante, todo lo que en ellos hay de irracional y no reducible a un concepto común en la vida de la humanidad, y al infravalorar, por el contrario, las concepciones y los ideales universalistas y racionalistas, el historicismo romántico se sitúa, por tanto, en las antípodas del iusnaturalismo. Tanto la idea de la existencia de un Derecho universalmente válido por estar dictado por la razón, como la de los derechos innatos del hombre por mor de su naturaleza racional, son una pura ingenuidad frente a la experiencia de la concreta realidad del Derecho. Los conceptos que servían de fundamento al iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII —estado de naturaleza, contrato social— son objeto de burla en tanto que abstracciones mitológicas encaminadas a explicar por la obra de la razón la formación y el desarrollo de la sociedad, que es producto espontáneo de fuerzas irracionales (o mejor, racionales de una más profunda racionalidad)» (13).

El iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII había dado ya sus últimos estertores agónicos cuando el romanticismo y, sobre todo, la Escuela Histórica formulan su oposición al mismo. El triunfo en el ámbito político y legislativo, a través de la Revolución Francesa, de los presupuestos de ese iusnaturalismo había dado lugar, contrariamente a lo que se pretendía, a la desaparición de un Derecho que había sido concebido con pretensiones

(13) G. Fassò, *op. cit.*, pág. 44.

de absolutez e inmutabilidad, un Derecho que desaparece en cuanto ha cumplido su función esencial y pasa a ser absorbido por la realidad del Derecho Positivo, una realidad que, como pondrá de relieve el historicismo, escapa en cualquier caso a su transformación en esquemas abstractos como los que imperan en el método de la «falacia naturalista».

Pero es que estamos, con el iluminismo, ante un Derecho Natural que no reconoce la existencia de un «ordo naturalis», de un Derecho Natural que queriendo ser el reflejo de la razón, se transforma, sin embargo, en la suma de los instintos primarios del individuo, de la lucha por la supervivencia, del instinto de conservación, de la necesidad de asegurar la propia vida y los bienes aunque ello conlleve la negación de otro tipo de necesidad, más esencial, para el hombre, pero que no puede ser objeto de ninguna estipulación contractual. El Derecho Natural del iluminismo —cuya crisis como hemos visto dará lugar a un cientificismo satisfecho de sí— es, una vez más, en la historia del pensamiento jurídico, una manifestación de la soberbia del hombre, una Torre de Babel elevada al margen de Dios. La idea de que el Derecho Natural existiría aun en la hipótesis de que Dios no existiese es el punto de partida de este iusnaturalismo, coincidente históricamente con la ruptura de la unidad religiosa y con las consiguientes guerras de religión que asolarán Europa. La quiebra religiosa produce inmediatamente sus consecuencias en el plano filosófico-jurídico y es por ello que el iusnaturalismo de inconfundible sello protestante elabora un Derecho Natural que pretende edificarse teniendo por fundamento la sola razón, lo único común a todos los hombres más allá de las diferencias religiosas: un Derecho Natural que ignora la pregunta fundamental que el hombre se dirige a sí mismo, un Derecho Natural que, ajeno al orden instituido por Dios, terminará por negar la propia existencia divina.

El Derecho Natural moderno estaba viciado en su mismo fundamento y su «naturalidad» no es ya la que nos hace semejantes a Dios en cuanto racionales, en cuanto partícipes en su obra, sino aquella otra «naturalidad» que nos iguala a los otros seres

de la Creación, que nos devuelve a la miseria de una vida confinada en los límites de nuestra corporeidad física y por lo tanto condenados a asumir como norma de conducta, si bien supuestamente racional, lo que no es más que un comportamiento preciso para la subsistencia (14).

Los tratados de Derecho Natural del siglo XVIII son profusos en la exhaustividad con la que se aborda el estudio de lo que se interpreta como principios racionales, teniendo en cuenta que su «racionalidad» estriba en su universalidad. Pero una vez que sus exigencias racionales, que su simbolismo es aceptado por el nuevo modelo de legislador, el Derecho Natural carece de sentido y se desprende como una cáscara muerta debajo de la cual se esconde la nada más absoluta.

La Escuela Histórica y el romanticismo jurídico vienen a nacer en este momento, cuando las construcciones abstractas y formalistas del racionalismo ilustrado han convertido, por una parte, al Derecho Natural en todo menos Derecho y han dejado de lado la realidad concreta del Derecho Positivo. Por eso, «el propósito de ruptura con el iusnaturalismo racionalista es decidido. La ciencia del derecho ha de ser ciencia del derecho positivo, real e históricamente existente, y no geometría de principios eternos e

---

(14) El mismo historicismo hace esta interpretación de la «falacia naturalista» por boca de Bachofen, con las siguientes palabras: «De acuerdo con esta idea, el Estado y el Derecho están tan lejos de ser instituciones originarias, necesarias, derivadas de la naturaleza superior del hombre y concordes con ella, que nos son presentadas, más bien como creaciones voluntarias y conscientes del hombre, creaciones, no de nuestra naturaleza mejor, sino de nuestra perversión, destinadas, no tanto a promover nuestro destino, como a detener que descendamos más en nuestra perversión».

JOHANN JAKOB BACHOFEN, *El Derecho Natural y el Derecho histórico*, Introd. y versión del alemán de FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, de *Das Naturrecht und das geschichtliche Recht in ihren Gegensätzen*, lección inaugural pronunciada por Bachofen en la Universidad de Basilea al hacerse cargo de su cátedra, y publicada por vez primera en 1841, en una edición destinada «a un grupo de amigos» (En 1927, A. Baeumler la editó en el vol. V de las reimpresiones de *Philosophie und Geisteswissenschaften*), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.ª ed., 1955; reimpresión, 1978, pág. 46.

inmutables. Sea cual sea el final de la aventura, no falta la conciencia clara de adónde no se quiere volver...» (15).

El historicismo pretende dar un paso adelante respecto de ese último iusnaturalismo vagamente satisfecho y que coloca a la Razón abstracta en el puesto que antes correspondía a Dios. En 1841, uno de los historicistas, Johann Jakob Bachofen pronunciará en la Universidad de Basilea su lección inaugural al hacerse cargo de la cátedra, bajo el título de *El Derecho natural y el Derecho histórico,* y en dicha lección que es en realidad un nuevo manifiesto de la Escuela Histórica a mediados de la centuria, se encuentran expuestos tanto los motivos de oposición del historicismo al iusnaturalismo racionalista como el más claro alegato del romanticismo jurídico. Bachofen considera al pensamiento jurídico escindido en dos partidos principales: «Uno de ellos se considera a sí mismo como la única fuente de todo conocimiento, y en todas sus creaciones apela a la propia razón como al juez supremo y a la única autoridad; sus defensores crean y construyen todo desde sí mismos, son el centro de un sistema propio que ellos sacan a la luz y desarrollan. Los otros, con menos fantasía y menos arrogancia, no adoran ningún ídolo creado por ellos mismos, no convierten a su razón en su divinidad, sino que se sirven de ella tan sólo como de instrumento para el conocimiento de lo que ha creado la razón toda de la humanidad y el esfuerzo conjunto de todos los siglos. Aquéllos se figuran ser los defensores de la independencia y dignidad del espíritu humano y maestros de la verdadera filosofía; éstos, con menos ambición pero mayor esfuerzo, no apartan su vista de lo dado, no se burlan ni se lamentan de ello, sino que tratan de comprenderlo» (16).

Efectivamente, el Derecho natural del iluminismo es un ídolo con pies de barro, es una muestra del orgullo desmedido del hombre por construir una Torre de Babel artificial y simbólica a través de la cual sería posible prescindir de la idea de Dios. Los historicistas, por el contrario, se presentan a sí mismos como

---

(15) A. OLLERO, *op. cit.,* pág. 551.

(16) JOHANN JAKOB BACHOFEN, *op. cit.,* págs. 37-38.

«empíricos del Derecho» (17) y colocan como pieza clave de su construcción el dato positivo. El escenario sobre el que actúa el racionalista es el de las creaciones de una Razón no contaminada por la realidad; el del historicista, es la propia historia cuyo conocimiento es la finalidad esencial y al mismo tiempo el fundamento de su construcción jurídica.

Si el Derecho está formado por el material histórico, si el conocimiento jurídico no es, en principio, esencialmente diferente del conocimiento sobre el resto de la realidad social, si el Derecho resulta de estar integrado por factores irracionales avalados por el mero transcurso del tiempo, el estudio del Derecho termina por convertirse en una historia del Derecho. El Derecho Natural es además una rémora en la progresión del material histórico. El cientificismo es una punta de lanza con la que es posible enfrentar a la gigantesca y fantasmal artificiosidad de un Derecho Natural hueco y vacío. La idea de que la filosofía no conlleva un progreso, la idea de que toda filosofía es una inútil reflexión sobre sí misma, por mor del iusnaturalismo ilustrado, se opone, de esta forma, a una ciencia jurídica que trata de soslayar los peligros de un estancamiento. Si el Derecho tiene un origen inconsciente, si el Derecho tiene un camino histórico, el horizonte de éste, en virtud del determinismo, no puede quedar invalidado por el obstáculo de un Derecho Natural que ponga límites a lo histórico, a lo verificable.

El Derecho Natural, como hemos señalado con anterioridad, se ha transformado, de esta manera, en un problema al que no sólo no es posible contestar desde la supremacía del hecho, del dato positivo, sino al que no se quiere responder más que con la destrucción. Sin embargo, el Derecho Natural que se desmantela, el que es objeto de la animadversión historicista, aunque se interpreta como el total Derecho Natural, es el del racionalismo ilustrado. Hasta tal punto esto es así, que algunos autores han querido contemplar una huella de la concepción clásica del iusnaturalismo en los alegatos de la Escuela Histórica, «porque esos

(17) JOHANN JAKOB BACHOFEN, *op. cit.*, pág. 38.

primeros principios intuidos por cada pueblo al fundar su propio sistema jurídico, y esas esencias jurídicas constatadas por sus más eminentes juristas al desarrollar aquéllos frente a las circunstancias, para ir acreciendo el sistema como una intrínseca necesidad del mismo, no cabe la menor duda que significan una clara referencia al tradicional Derecho Natural...» (18), mientras que para otros, como en la conocida crítica de Karl Bergbohm, que parte de un positivismo radical, no hay en el historicismo, en concreto en Savigny y en Puchta una superación del Derecho Natural, sino todo lo contrario, una reivindicación después de haber pretendido eliminarlo del orden jurídico.

Estas distintas interpretaciones obedecen a motivos diversos, pero en cualquier caso relacionados con el punto del partida de la misma concepción historicista. Efectivamente, puede decirse que, a pesar de todo, el historicismo no consiguió rebasar las fronteras metodológicas que el iluminismo le impone. La pervivencia de cierto sustrato iusnaturalista se aprecia en el estilo de una construcción, de una elaboración teórica, que socava los cimientos del mismo historicismo hasta transformarse en un «derecho natural fundado sobre permisas históricas», como señala Roscoe Pound. A partir de estas premisas históricas, define Savigny la «naturaleza de la cosa», una vaga afirmación que no puede ser confundida con un iusnaturalismo clásico y el propio Bachofen, máximo debelador del iusnaturalismo ilustrado, señala que el Derecho originario del pueblo en el Estado es su «Derecho natural» (19). Pero ni ese «Derecho natural» al que se refiere Bachofen en 1841, ni la «naturaleza de la cosa» que menciona Savigny, pueden interpretarse como el mantenimiento de un Derecho Natural que subyace por debajo de la aparente ruptura. Estas afirmaciones no tienen más sentido que el de revelar, una vez más, la historicidad natural e inconsciente del Derecho y

(18) Ismael Peidró Pastor, «La huella del Derecho Natural en Savigny», en *Savigny y la Ciencia del Derecho,* vol. II, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Valparaíso (Chile), primer semestre, 1979, núm. 14, pág. 478.

(19) Johann Jakob Bachofen, *op. cit.,* pág. 51.

no contribuir a la formación de un Derecho Natural universal e inmutable. Así, la «naturaleza de la cosa» tiene una función esencialmente concreta e histórica, ajena por tanto al sentido de un orden natural trascendente. Se trata de aquello que deriva de la naturaleza de unas instituciones jurídicas y que tiene una consecuencia práctica inmediata cual es la de comprender el sentido progresivo e histórico de cada una de las instituciones. En este sentido, de diferencia irreconciliable con el Derecho Natural clásico, Francisco Elías de Tejada advertía que la «Natur der Sache» no podía identificarse en forma alguna con el iusnaturalismo de raíz escolástica. No hay, pues, Derecho Natural, sino la pervivencia soterrada de la metodología que se había tratado de combatir por el historicismo. La consecuencia final del romanticismo jurídico, de la mano de la Escuela Histórica del Derecho, termina por ser la edificación de un sistema tan abstracto como el del «sedicente Derecho Natural» que mencionaba Bachofen, «absolutamente perfecto, válido por igual para todas las zonas y todos los tiempos», pero que carece de contacto con la realidad porque se transforma en la consagración de una determinada forma de realidad social, una vez que ésta ha sido estimada como tal por quienes se convierten en intérpretes y guardianes del «espíritu del pueblo».

Pero en esa interpretación no se halla bajo ningún aspecto una búsqueda de la Justicia, que había sido la fuente de inspiración del iusnaturalismo clásico, desvirtuada por efecto de la Ilustración bajo los auspicios de la forma no más justa sino más segura de la convivencia social. El historicismo no se ve obligado ni siquiera a elegir entre Justicia y seguridad, precisamente porque el racionalismo ilustrado ha terminado solucionando la aparente dicotomía en favor del último elemento. Es evidente, que la revalorización de lo concreto, del dato, del fenómeno histórico, debe hacerse desde las exigencias que impone una ciencia jurídica, un derecho académico, un derecho de profesores, que introduce, en su interpretación un factor de seguridad en la «irracionalidad» vaga e inconsciente de la conciencia colectiva. Así, pues, bajo la capa irracional y el señuelo romántico se inserta

la demanda de una seguridad jurídica tanto más absoluta cuanto que no tiene más límites que los que derivan de la naturalidad del Estado, una vez rechazada la posibilidad de un Derecho Natural. El jurista se consagra a la conquista del dato empírico, de lo existente, sin que la experiencia jurídica pueda ser valorada positiva o negativamente. No deben de extrañarnos las aseveraraciones hegelianas acerca de la identificación de la realidad con la racionalidad, porque la labor de sistematización del jurista, convertido ya tan sólo en un jurista positivo, consiste principalmente, pese a la contradicción que ello encierra, en introducir una metodología racionalista y profundamente dogmática en la consideración de la realidad. El historicista, el romántico, el idealista, concluyen por ser un teórico del Derecho positivo, un eco de la voluntad del legislador, transformada, de esta manera, en la voluntad del Estado. Por eso nos parecen acertadas las palabras de Hermann Heller, para el cual «fueron el romanticismo, Hegel y el historicismo quienes prepararon definitivamente el camino a aquella concepción positivista que sostiene que el pueblo y el espíritu del pueblo son la única fuente del derecho y que no están limitados por norma alguna; y como el espíritu del pueblo no existe de modo tangible, en la realidad ha de ser representado siempre por el legislador que, como tal, no puede caer nunca en lo antijurídico. Esto significa, prácticamente, que todo aquel que logre hacerse dueño del poder en el Estado, por el hecho de haberlo conseguido encuentra ya moralmente justificado su derecho a representar al pueblo y a darle leyes sin sumisión a ninguna clase de principios jurídicos. La reducción del derecho al espíritu del pueblo democrático-nacional hubo de acarrear como consecuencia una restricción de la ley jurídica universal. De hecho vemos ya en 1801 a Hegel burlarse de los filántropos, amigos del derecho y de la moralidad, y considerar disparatado "oponer la utilidad del Estado al derecho". Idealizando a la Antigüedad, propugna una contracción de la conciencia universal; lo moral consiste en "vivir conforme a las costumbres de su país". Al hacer del Estado "la realidad de la idea moral", puede muy bien pretender que su poder y el derecho que de él emane han de

prevalecer sobre todas las convicciones morales del individuo. Un epígono de Hegel se atreve, finalmente, a hablar, en términos precisos, de una armonía preestablecida entre derecho y poder señalando, según eso, a la guerra victoriosa como idea social. Y otro contemporáneo opina que, con la definitiva emancipación de toda legitimación que trascienda de la esfera política, el Estado moderno se ha convertido en el moderno *Estado de Derecho*» (20).

En el seno del romanticismo se encuentra el origen del positivismo jurídico, al que se llega tanto por la vía del idealismo de raíz hegeliana como por la vía del historicismo. En uno y otro caso tenemos el absurdo de un Derecho que se transforma en un instrumento de la justificación del Estado, pero en un instrumento dirigido por parte de unos juristas que se han integrado perfectamente en la nueva clase política y que se han proclamado a sí mismos como los artífices, no de la elaboración del Derecho, pero sí de la reproducción de éste. La ciencia jurídica que había comenzado por ser una ciencia creadora, en cuanto que en ella surgía también la juridicidad, se ha transformado de esta suerte en una correa de transmisión del legalismo estatal, que impera, por otra parte, en virtud de ser la única realidad social y jurídica. En suma, estaremos ante una legitimación de lo existente, por el mero hecho de esta existencia, sin que sea posible contraponer una barrera, una frontera, a la soberbia de un legislador que se sabe protagonista absoluto de la Historia, que no reconoce por encima de sí más límites que aquellos que él mismo se ha marcado formalmente y que investido de la capacidad de ser el depositario, igual que antes lo era el «derecho de juristas», de la voluntad nacional, de la conciencia colectiva, del espíritu del pueblo, de la voluntad mayoritaria de la población, se arroga la función de ordenar nuestro destino como nación, pero también

(20) Hermann Heller, *Teoría del Estado,* Versión española de Luis Tobío; Edición y prólogo de Gerhart Niemeyer, Fondo de Cultura Económica, 1.ª ed en alemán, 1934; 1.ª ed. en español, 1942: 7.ª reimpresión, 1974, México, págs. 237-238. La ed. original de este libro fue publicada en Leiden, por A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., con el título de *Staatslehre*.

nuestro destino individual, nuestro ser personal y consciente, orquestando nuestra respuesta a cuestiones a las que el individuo sólo puede responder a solas consigo mismo.

Hay que tener en cuenta que el propio iluminismo en cuanto teoría sobre los Derechos naturales y no sobre la Ley natural, había tratado de alguna manera de socavar el fundamento objetivo de esta respuesta. Más que una oposición entre iusnaturalismo y positivismo hay que hablar de una contradicción profunda entre el iusnaturalismo medieval de signo escolástico y el iusnaturalismo moderno de raíz protestante. Aquel es la encarnación de la Ley natural, de lo objetivamente justo, éste la representación de unos derechos subjetivos, innatos, que nacen con el hombre previamente a su inserción en el orden político-estatal. La contraposición entre el mundo medieval y el moderno es la de la Ley natural frente al subjetivismo de tales derechos, así que donde verdaderamente se da el contraste entre iusnaturalismo y positivismo es entre el iusnaturalismo medieval y las construcciones positivistas que se anuncian con el romanticismo jurídico y que alcanzan su expresión más extrema en la Europa del último período de entreguerras.

De esta manera, la separación entre Derecho y Moral, que la Escuela Histórica y en general el romanticismo jurídico mantienen no es más que la continuación de los presupuestos iluministas. La Moral, circunscrita al ámbito estrictamente subjetivo por efecto de su relación con aquellos derechos naturales originarios, no puede incidir en la elaboración del Derecho, ni menos aún en la crítica a un Derecho que reúne todas las características necesarias para serlo. El Derecho no sólo puede contradecir a la Moral, convertida ésta en un conjunto de reglas diferentes de un sujeto a otro, sino que esa virtual contradicción no impide la aplicación de la norma jurídico-positiva. El subjetivismo tiene que ser esencialmente relativista. No hay ya valores objetivos, eternos e inmutables, a los cuales deba someterse la elaboración del Derecho positivo, pero tampoco hay una Ley natural que pueda servir de freno ante el carácter absoluto que, poco a poco, va tomando el legislador positivo. Como hemos señalado anterior-

mente, la ruptura de la unidad religiosa en Europa produce consiguientemente la separación entre el Derecho y la Moral, y con ello el que se desvincule la construcción del Derecho Positivo de cualquier presupuestos teológico, que tradicionalmente había sido un dique natural que oponer al afán de poder de los gobernantes. Como señalara Eugenio Vegas, «el subjetivismo o psicologismo jurídico, que desconoce la objetividad de los principios fundamentales del Derecho, tuvo como derivación práctica el formalismo» (21).

La Escuela Histórica se mostró incapaz de comprender que la realidad del Derecho positivo no es una realidad infalible al estilo de aquella que se constituye en el objeto de conocimiento de las «Ciencias de la Naturaleza». La norma jurídica no presenta la misma necesariedad que rige en esta clase de ciencias con respecto a las leyes físicas o causales. El historicismo jurídico tenía que interpretar la existencia del dato positivo como un hecho incuestionable, como una sucesión de hechos en virtud de los cuales el sistema jurídico no puede ser modificado, ni valorado o estimado incorrecto o injusto. El sentido historicista obligaba no sólo a asumir un relativismo moral, un absolutismo político llegando incluso a un teologismo estatal, sino que exigía una causalidad. La norma jurídica no era un deber ser, sino un ser fáctico que se imponía y que era el motivo de ciertos comportamientos sociales, y éstos, a su vez, la causa nuevamente de sucesivas conductas. El historicismo imposibilitaba la valoración plena del fenómeno jurídico y terminó por ser, en palabras de Juan Vallet, un sociologismo: «Se quedó sólo con lo dado actualmente, con lo existencialmente vivo; como lo vigente. La *vigencia* viene así, a ser considerada como la característica principal del derecho» (22). De esta manera, nos encontramos, por una parte, con un romanticismo jurídico que de la mano del historicismo queda limitado por la realidad del Derecho, convertida ésta en una ley causal respecto de la cual los comportamientos

(21) E. Vegas Latapié, *op. cit.*, pág. 65.
(22) Juan Vallet de Goytisolo, *op. cit.*, pág. 192.

sociales no pueden ser más que una consecuencia natural, y, por otra parte, con una concepción del individuo en la que se le considera incapaz «de captar lo que trasciende a su momento cultural» (23).

El individuo se halla, de esta forma, no solamente limitado en su comportamiento, limitado fenomenológicamente por una causa que actúa en él con una necesariedad a la que no puede sustraerse, sino también limitado en cuanto a su comprensión racional de lo que debe ser realizado, confiando dentro de los estrechos límites del momento cultural que le toca vivir. La paradoja del historicismo radica en que considerando el Derecho como una sucesión inconsciente de situaciones históricas, como una sucesión de generaciones que lo viven espontánea e irracionalmente, pero que consiguen dejar una huella detrás de sí, un rastro de lo que fueron y sintieron, no llega a las mismas conclusiones en torno al individuo. Un individuo al que se le despoja de la razón, se le despoja también de una Ley superior al dato existente y, por último, incluso de la posibilidad de influir más allá de la vaga irracionalidad, de una necesariedad que es todo menos humana, todo menos «orden», no deja más signo de su existencia que el de unas limitaciones que no cabe superar. El historicismo no mantiene únicamente una concepción determinista de la historia, sino una concepción pesimista del hombre en la que éste no puede romper con el espacio-tiempo que determina su ser empírico: un individuo condenado a la penosa tarea de asumir sus comportamientos como el resultado de una conciencia colectiva en la que se ve inmerso y de la que, sin embargo, no puede adueñarse, ni ser tampoco responsable de sí mismo. Rota la estructura de un orden permanente e inmutable, el hombre es tan sólo el testigo del devenir histórico, pero ya no el motor del acontecer histórico, porque bajo la apariencia de una exaltación, frente al racionalismo, de la Historia, hay una reducción de la misma Historia a una ciencia puramente fenomenológica. Efectivamente, «lo importante no serán los principios eternos sino los

---

(23) JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pág. 189.

contenidos históricos» (24), pero un contenido histórico privado del ansia de eternidad carece también de la finalidad que caracteriza, frente a otros fenómenos, frente a otros acontecimientos fácticos, a las actividades humanas.

El pensamiento jurídico posterior tendrá que superar la triple insuficiencia del historicismo jurídico: su falta de una consciente teoría del conocimiento (y de la ciencia) y la asunción de sus consecuencias prácticas, la debilidad filosófica que ya hemos destacado, y el agotamiento de su teoría interpretativa, que lleva hasta un positivismo legalista (25) .

Sin embargo, cabría preguntarse hasta qué punto un pensamiento jurídico heredero de las premisas del historicismo, pero también de un romanticismo jurídico, que no lo olvidemos hunde sus raíces en el filósofo ginebrino, puede eludir la frustración. El romanticismo jurídico, a través del «espíritu del pueblo» del historicismo, no consigue más que mantener los dogmas, aunque sustituyendo la fraseología, del revolucionarismo y de la Ilustración Francesa, quizá porque él mismo se ve obligado a continuar, en su misma necesariedad, con un curso de la Historia en el que, pese a todo, no puede incidir realmente: es incapaz de eliminar las restricciones mentales que le impone el iusnaturalismo ilustrado contra el que se levanta. Su rebelión no es, en suma, algo más que la pretensión de trasmitir un aire renovador, un soplo vivificante, a un pensamiento como el europeo que ha perdido definitivamente la orientación para ser absorbido por una construcción dogmática que nada dice al individuo acerca de su condición esencial, la de de ser partícipe en el orden creado por Dios, verdadero Autor de la Historia.

---

(24) A. OLLERO, *op. cit.*, pág. 547.
(25) A. OLLERO, pág. 582.